

WILLIAM SOARES PUGLIESE

A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:
EFEITOS SOBRE A COISA JULGADA

CURITIBA

2008

WILLIAM SOARES PUGLIESE

A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:
EFEITOS SOBRE A COISA JULGADA

Monografia apresentada como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

WILLIAM SOARES PUGLIESE

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CARIMBO
(ou Da Necessidade de Fundamentação do Juízo de Admissibilidade
Positivo da Acusação)**

Monografia aprovada como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni (Presidente)
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

MEMBRO:

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 03 de novembro de 2008

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
------------------------	-----------

CAPÍTULO I - OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO RETROATIVO DAS DECISÕES.....03

1.1 O controle difuso de constitucionalidade.....	03
1.2 Aplicação retroativa dos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos...	08
1.3 O controle concentrado de constitucionalidade.....	13
1.4 A retroatividade das decisões do Tribunal Constitucional Alemão.....	15

CAPÍTULO II – A TEORIA DA RESCISÃO DA COISA JULGADA POR PORSTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....20

2.1 controle dos atos do poder público – a tese de Paulo Otero.....	20
---	----

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

A temática do controle de constitucionalidade envolve uma série de questões de difícil resolução. Uma das mais complexas refere-se aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada material.

Questiona-se se a sentença, transitada em julgado, deve ou não ser mantida quando a lei utilizada como critério jurídico para sua solução é declarada, posteriormente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Mais precisamente, indaga-se se a inconstitucionalidade da lei é fundamento suficiente para a rescisão da coisa julgada material.

No sistema judiciário brasileiro alguns julgados dos principais tribunais¹ já responderam este questionamento, no sentido de que a posterior declaração de inconstitucionalidade preenche o critério do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil. Em outras palavras, a inconstitucionalidade permite a propositura de ação rescisória fundada em “violação literal de lei”.

No plano legislativo, foi recentemente inserida no Código de Processo Civil norma que dá ao executado a oportunidade de alegar, em oposição à execução da sentença, a declaração de inconstitucionalidade da norma, ou até mesmo a inconstitucionalidade da interpretação normativa realizada pela sentença. Deste dispositivo² extraiu-se a idéia de que a execução da sentença transitada em julgado pode ser obstaculizada por fato posterior à decisão.

A maior surpresa a respeito deste tema é, porém, o descaso que jurisprudência e doutrina dispensam à coisa julgada, sem atentar para os impactos negativos que a “ampla” rescisão de casos julgados pode provocar no ordenamento jurídico brasileiro. Apenas parcela da doutrina percebeu que a proposta é temerária. Como adverte Luiz Guilherme Marinoni:

¹ Ver, neste sentido, RE-ED 328.812, STF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008 e REsp 608.122, STJ, 1ª Seção, Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 09.05.2007.

² Artigo 741, p. único: “Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Esta regra foi também inserida no artigo 475-L, §1º, do mesmo Código.

“A declaração de inconstitucionalidade, como fundamento da ação rescisória e motivo da oposição à execução, faz pensar na garantia da intangibilidade da coisa julgada material e nos princípios da segurança e da proteção à confiança”.³

O presente trabalho tem, portanto, a natureza de investigar o problema da chamada “coisa julgada inconstitucional”. O estudo partirá de uma detida análise dos sistemas de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, com enfoque nos efeitos retroativos de suas decisões. É preciso observar que o problema da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade não é objeto de estudo apenas dos brasileiros. Os demais países que exercem o controle de constitucionalidade tem muito a oferecer nesta matéria.

Além disso, é preciso observar que não se pode partir, imediatamente, para a ponderação de princípios a fim de solucionar esta questão, pois admitir este raciocínio significa que um dos princípios “ponderados” será, na verdade, excluído do sistema jurídico para a resolução de determinado caso. Esta segunda etapa envolve, eminentemente, a doutrina majoritária brasileira e suas conclusões a respeito da “coisa julgada inconstitucional”

Em seguida, o problema nacional será examinado à luz das principais fontes do direito pátrio: legislação, doutrina e jurisprudência.

Por fim, o problema nacional será analisado sob uma perspectiva prática, à luz da jurisprudência e legislação. A questão a ser examinada será, justamente, a viabilidade de ser rescindir a coisa julgada com fundamento em lei declarada posteriormente inconstitucional.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 14.

CAPÍTULO I - OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO RETROATIVO DAS DECISÕES

O sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil é dito misto, por combinar os dois principais modelos da atualidade. Conforme leciona Luís Roberto Barroso:

“A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a Emenda constitucional n. 16/65 (sistema continental europeu)”.⁴

No entanto, a Constituição não se preocupou suficientemente com a compatibilidade entre os dois sistemas, especialmente no que se refere à hierarquia entre eles em momento anterior à declaração de inconstitucionalidade. Por estas razões, é de fundamental importância investigar o funcionamento destes sistemas de maneira isolada, a fim de determinar suas peculiaridades. Este momento também se revelará interessante para uma análise dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de examinar a questão brasileira em seguida.

1.1 O controle difuso de constitucionalidade

Mauro Cappelletti definiu o sistema difuso como “aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”⁵.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 67.

Diz-se difuso, portanto, porque o poder de controlar as leis de acordo com a Constituição se encontra *espalhado* por todos os juízes, qualquer integrante do Poder Judiciário tem competência para exercê-lo.

O sistema difuso foi também chamado de sistema ou tipo americano, em função de sua origem direta ter sido justamente os Estados Unidos da América⁶. Sustenta-se, ainda, que os Estados Unidos são o berço do próprio controle de constitucionalidade, denominado de “judicial review”, cuja origem é o caso *Marbury v. Madison*, de relatoria do “Chief Justice Marshall”.

Trata-se de uma das decisões mais comentadas na literatura jurídica, inclusive por Mauro Cappelletti:

“A opção do Chief Justice Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo ‘ocidental’ tendem, já, a afirmar o seu caráter de constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou”.⁷

A decisão de Marshall estabeleceu os fundamentos do controle difuso⁸, que possui os pontos positivos da coerência e da simplicidade. Todos os juízes têm a

⁶ Mauro Cappelletti identifica antecedentes á célebre decisão *Marbury v. Madison*, costumeiramente tida como a origem da *judicial review*. O autor afirmar que as referências são inúmeras, mas explicita dois antecedentes: o Direito ateniense e o Direito inglês. As informações tem relevância histórica, mas não tem relação específica com o tema aqui desenvolvido. Para maior aprofundamento, ver CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, pp. 45 e SS.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 48.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 75.

função de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos. Caso o conflito legislativo se dê entre normas de igual força normativa, utilizam-se os critérios clássicos: “lei posterior derroga lei anterior”, “lei especial derroga lei geral”. No entanto, se houver disposições com forças normativas diferentes, prevalece a lei hierarquicamente superior. E nos sistemas em que a Constituição é rígida, esta prevalece sempre sobre a lei ordinária contrastante, dita inconstitucional.

A princípio, este raciocínio é infalível. Sua coerência e simplicidade poderiam concretizar um modelo a ser seguido por todo o mundo. Por qual motivo, porém, se justifica a adoção de um sistema diverso, como se tem notícia, chamado de “concentrado”?⁹

A justificativa desta questão foi apresentada há décadas, por Mauro Cappelletti, que identificou uma verdadeira incompatibilidade entre os países do sistema jurídico romanista e o controle difuso. Suas palavras surpreendem pela atualidade e pela acuidade:

“No método do controle ‘difuso’ de constitucionalidade – no denominado método ‘americano’, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça, e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método ‘difuso’ de controle nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common Law*, do ‘stare decisis’. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil Law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste

⁹ A detida análise do controle concentrado se dará no item 1.3.

com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua ilegitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa, - ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens, e portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo”.¹⁰

Mauro Cappelletti apenas não mencionou o Brasil em seu discurso, mas todo seu discurso reflete a realidade nacional. A ausência do princípio do *stare decisis* é o principal motivo para o funcionamento deficiente do sistema de controle difuso. A forma como os países europeus solucionaram este problema será analisada adiante. Por hora, interessa um exame mais detalhado do referido princípio.

A origem do *stare decisis* remonta ao direito inglês – decorrente da expressão *stare decisis et non quieta movere*. Porém, não há controle de constitucionalidade judicial no Inglaterra¹¹, razão pela qual não há notícia de aplicação deste modelo em

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, pp. 76-78.

matéria constitucional naquele sistema. A matriz constitucional do *stare decisis* é, de fato, os Estados Unidos da América¹², mas ela não está prevista na Constituição, muito menos em lei federal do país.

Eduardo Appio afirma: “trata-se de uma construção prudencial, derivada da própria *common law*, a qual se baseava nas decisões judiciais já proferidas anteriormente, com o sentido de garantir coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores”¹³.

Os juízes, ainda que discordem do precedente, tem o dever de aplicá-los, se houver a chamada vinculação vertical, ou seja, se o precedente foi firmado por órgão jurisdicional superior. No caso de vinculação horizontal, os juízes podem deixar de aplicar os precedentes sob uma condição: a revogação de forma expressa da decisão anterior. Esta prática é denominada *overruling*. Esta prática garante estabilidade e coerência interna nas diversas cortes, pois a revogação do precedente depende da demonstração de erro judiciário realizado anteriormente, e a nova decisão é tida como a retratação do Tribunal.

Mas ao tratar desta questão os norte-americanos se deparam com o seguinte problema: se o entendimento é o de que as decisões anteriores estavam erradas, elas devem ser mantidas ou corrigidas, de acordo com o novo pronunciamento?

Observe-se agora que o princípio do *stare decisis* se aplica a todo o ordenamento jurídico, inclusive em matéria constitucional. Sendo assim, a alteração de precedente relacionado à Constituição significa a declaração de inconstitucionalidade da interpretação anterior. Passa-se, então, à análise da aplicação retroativa dos julgados dos Estados Unidos, em especial de sua Suprema Corte, como tema de fundamental importância para o desenvolvimento do estudo apresentado¹⁴.

¹¹ Vigé na Inglaterra o sistema da Supremacia do Parlamento.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 100.

¹³ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57.

¹⁴ Não há necessidade de maior aprofundamento no princípio do *stare decisis*, embora o tema desperte curiosidade. Para maior compreensão do tema, ver APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 57-68.

1.2 Aplicação retroativa dos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos

As decisões da Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano, podem atingir três esferas distintas: a *common law*¹⁵, as leis, e a própria Constituição¹⁶. Quanto à interpretação de lei, “sempre que esta nova interpretação signifique a revogação do precedente até então existente e aplicável (*overruling*), entende-se que a decisão revogada, em verdade, nunca foi direito, ou melhor, que não expressava de maneira correta o direito e, bem por isto, a nova decisão produziria eficácia retroativa, substituindo a anterior”¹⁷. Neste sentido, toma-se como exemplo os casos penais: a descriminalização de uma conduta permite àquele que foi condenado no passado a requerer a extinção da pena ou uma reparação civil.

Em relação à *common law* o entendimento é diverso. Se as decisões judiciais mudam, também muda, automaticamente, a própria *common law* expressada nas decisões anteriores. Trata-se, portanto, de direito novo, o que suscita a discussão a respeito da retroatividade destas decisões¹⁸. No mesmo sentido encontra-se a interpretação judicial da Constituição, em face do entendimento de que as decisões da Suprema Corte, ao interpretar a Carta, alteram o conteúdo do texto¹⁹.

Feita esta breve introdução, merece destaque a problematização de Eduardo Appio a respeito do tema:

“A retroatividade das decisões judiciais – a exemplo do que acontece com a própria lei – conflita com alguns princípios estruturantes da *common law*, na medida em que o sistema se baseia na idéia de que as decisões da Suprema Corte, em sede de controle de constitucionalidade, têm a mesma importância e

¹⁵ Ou seja, os precedentes.

¹⁶ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

¹⁷ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

¹⁸ Embora se afirme que três esferas podem ser atingidas, não se vê o verdadeiro motivo para a diferença entre a lei e a *common law*. Isto porque os precedentes também determinam a interpretação da lei, e neste sentido configurariam direito novo.

¹⁹ Revela-se ainda mais complexo o problema da diferenciação entre interpretação de lei e da Constituição, pois a mudança na interpretação da lei também produz alteração de conteúdo jurídico.

eficácia que uma emenda à Constituição (ao interpretar a Constituição). Ora, se a força das decisões judiciais advém, exatamente, da certeza de que serão fielmente observadas no futuro, o que dizer quando a Suprema Corte opta por revogar (*overruling*) um precedente até então vigente? Os efeitos serão retroativos ou prospectivos?”²⁰

A Suprema Corte norte-americana busca responder estes questionamentos com frequência, e suas decisões passaram por um processo de evolução. Em um primeiro momento sustentava-se o caráter declaratório das decisões judiciais, por conta, principalmente, das decisões de William Blackstone e das lições de Ronald Dworkin²¹.

O “Modelo Blackstone” entendia que as decisões judiciais não mudavam porque as circunstâncias fáticas se alteram; mudavam porque a decisão antiga, revogada, não expressava a melhor interpretação acerca da lei, quando proferida. Daí a idéia de que uma lei só comporta uma única interpretação correta. As decisões anteriores, fundadas em precedente revogado, estariam incorretas, e sobre elas a nova decisão também produziria novos efeitos. Este entendimento tem sido aplicado no Brasil²², embora a jurisprudência norte-americana se encontre em estágio mais avançado, o que se demonstrará em seguida.

Em 1938, julgou-se um *leading case* em matéria de eficácia temporal. Nesta oportunidade, definiu-se que os processos pendentes estariam sujeitos às novas

²⁰ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 70.

²¹ A respeito da teoria do Direito como integridade: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²² “Existe uma aproximação bastante importante com o atual modelo brasileiro, forjado no STF e no STJ na concepção de que as decisões dos Tribunais Superiores devem-se sobrepor às decisões judiciais já transitadas em julgado e proferidas em momento anterior, pelos juízes e tribunais inferiores, pelo simples fato de que os tribunais superiores expressam, quando decidem, a única (correta) interpretação possível, ou seja, declaram aquilo que a lei sempre significou e as decisões anteriores incorreram em erro de interpretação ao não expressarem aquela que veio a se converter na interpretação oficial do Supremo. Esta concepção é que irá sustentar hoje no Brasil a revogação da Súmula 343 do STF e a possibilidade de propositura de ação rescisória em face de caso transitado em julgado antes da nova decisão do Supremo”. APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 71.

decisões da Suprema Corte²³, ou seja, “o caso seria governado pelo Direito vigente na data da decisão e não na data da conduta”²⁴.

Este caso produziu importante alteração nos precedentes: embora as decisões ainda tivessem eficácia retroativa, o *direito novo* teria eficácia somente para os casos futuros ou pendentes de julgamento.

Nas décadas de 50 e 60, a Suprema Corte passou a ser liderada por um novo *Chief Justice*: Earl Warren. A chamada Corte de Warren passou a criar direitos derivados da Constituição, em especial os decorrentes do devido processo legal, e em um dos casos por ela examinado, o tratamento da matéria mudou.

O caso *Linkletter v. Walker*, de 1965, rompeu definitivamente com a teoria da retroatividade das decisões judiciais. Em julgamento anterior, a Corte havia decidido que as novas regras processuais penais seriam aplicáveis aos casos pendentes de julgamento. Já em *Linkletter* questionou-se a aplicação da lei processual aos casos já definitivamente julgados no âmbito estadual. A resposta da Corte definiu que o julgamento se daria de acordo com o Direito vigente na data da prática da conduta, especialmente em matéria penal. Não obstante, firmou-se a tese de que as decisões da Suprema Corte são prospectivas:

“A aplicação prospectiva das decisões da Suprema Corte surge neste momento histórico, conferindo um maior grau de liberdade interpretativa em favor da Cortem a qual foi marcada por intenso ativismo jurídico”.²⁵

Neste mesmo julgamento, negou-se efeito retroativo aos casos julgados, já que a reabertura de todos os processos criaria uma situação inaceitável para os Estados²⁶. Logo se percebeu que decisão tinha sido, de fato, acertada, pois a não-

²³ *Erie Railroad v. Tompkins*.

²⁴ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 72.

²⁵ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 74.

retroatividade garantia segurança jurídica, e permitiam ao cidadão se basear no direito vigente para contratar, praticar atos jurídicos e até mesmo prever o resultado de possíveis demandas jurídicas. Desta forma, os efeitos de *Linkletter* foram estendidos a todos os casos, ultrapassando os limites do Direito Penal e Processual Penal.

Como bem afirmou Eduardo Appio:

“É lugar comum se dizer que uma lei para o futuro é impressoal, mas uma lei para o passado é pessoal. Uma decisão retroativa da Suprema Corte nada mais é do que uma lei (pessoal) para o passado, ou seja, mensura já a partir do futuro, de que maneira a lei foi sendo aplicada durante o período – geralmente longo – de sua vigência para decidir de que maneira a decisão será proferida. Bem por isto, a regulação dos efeitos da decisão se apresenta como um poder político tão ou até mais importante que o poder de controlar atividade do Parlamento (controle de constitucionalidade). A regulação dos efeitos é, por conseguinte, tema de primeira grandeza nos Estados Unidos”.²⁷

A obra de Capelletti permite acrescentar que, em grande parte, esta concepção da Suprema Corte deriva da idéia de que a Constituição é um “*living document*”, “pelo que aquilo que em um certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ainda ou não sê-lo mais em uma fase diversa da própria evolução”.²⁸

Os precedentes recentes norte-americanos aprofundaram a questão da não retroatividade. O modelo adotado nas últimas decisões tem sido da “não-

²⁶ A razão, neste caso, foi eminentemente econômica, em face dos custos que o Estado deveria arcar com um impressionante volume de *habeas corpus*.

²⁷ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 76.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 123.

retroatividade temperada”²⁹, o que significa que os “Justices” se convenceram do exacerbado poder político da retroatividade das decisões, e por isso passaram a estabelecer critérios para permitir alguns efeitos retroativos. Uma das alterações é a de que novo precedente pode atingir os casos pendentes de julgamento³⁰, mas nunca os já passados em julgado. Observou-se, ainda, o precedente de *Linkletter* ser efetivamente aplicado em um litígio civil. De todo o exposto, é razoável concluir, com Eduardo Appio;

“De tudo o que foi dito resulta claro que um modelo baseado na não-retroatividade garante um poder mais amplo à Suprema Corte, a qual pode exercitar livremente sua criatividade, inclusive para criar novos direitos. Ao contrário do que inicialmente se supõe, a Suprema Corte debilita sua atividade quando confere efeitos retroativos, na medida em que os custos de suas decisões – especialmente em matéria tributária – por vezes a impedem de realizar um legítimo e impessoal controle de constitucionalidade”.³¹

A questão que se põe, por fim, ao exame do controle de constitucionalidade difuso, refere-se aos critérios de modulação dos efeitos da decisão, para o fim de “temperar” a retroatividade das decisões. Estes critérios são, fundamentalmente, econômicos, e analisam os custos da retroatividade, de acordo com o modelo do balanceamento. Seu princípio básico é o de que “a legislação não pode ser alterada

²⁹ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 76.

³⁰ É interessante notar a preocupação dos norte-americanos e observar o valor dado a este tipo de decisão. Ao se pensar de acordo com o sistema da *common law*, o “contraste de tendências” alertado por Mauro Cappelletti se mostra ainda mais evidente, bem como a deficiência do *civil law*: “de outra parte, tampouco podemos esconder que, se o método ‘europeu’ (seja-nos permitido chamá-lo assim, embora com certa impropriedade) é mais complexo e, pelo menos em teoria, mais completo do que o ‘americano’, ele pode, no entanto, revelar-se, talvez, mais perigoso (...)” In: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 113.

³¹ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79.

retroativamente se afetar um equilíbrio estável”³². Mas neste sentido é preciso que se entenda “equilíbrio” como “equilíbrio econômico”, pois os objetivos do modelo do balanceamento são a maximização da riqueza e a eficiência alocativa dos recursos³³.

Nos Estados Unidos, portanto, a regra é a não-retroatividade das decisões. Apenas em casos excepcionais, em que há vantagem econômica, admite-se o contrário. Tem-se desenhado, portanto, o sistema de controle de constitucionalidade difuso, e a conclusão é a de que a coisa julgada é por ele protegida, em função de que Direito novo não retroage sobre os casos passados.

A fim de prosseguir com o presente estudo, é necessário examinar o problema à luz do sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

1.3 O controle concentrado de constitucionalidade

Além do motivo exposto acima, nas palavras de Mauro Cappelletti, os países da Europa continental buscavam um substituto para a “Suprema Corte” cujas decisões tivessem eficácia *erga omnes*, de modo a evitar o perigo de conflitos e incerteza do direito, mencionado anteriormente. Este modelo foi originalmente aplicado na Áustria, e a solução foi também adotada pela Espanha, Itália e Alemanha, dentre outros³⁴.

Nesses países o controle de constitucionalidade é deferido a apenas um órgão, e neste caso, o sistema de controle denomina-se concentrado³⁵. Na Alemanha, por exemplo, esta função é do Tribunal Constitucional Federal, que recebe as ações diretas de inconstitucionalidade, bem como os questionamentos de juízes ordinários a

³² APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 123.

³³ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 123.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 83.

³⁵ Não se confunda os sistemas concentrado e difuso do modelos por via incidental ou via direta. No Brasil há identidade entre eles, mas esta não é uma regra geral. Para maiores informações, ver BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 41 e SS.

respeito de questões constitucionais. O estudo do modelo alemão se revela importante na medida em que denota uma diferença:

“Embora a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada obviamente não se resolva apenas com a demonstração da distinção entre os sistemas difuso e concentrado, é impossível deixar de frisar a circunstância de que o juiz ordinário, no sistema alemão, está proibido de tratar da questão constitucional, embora deva, ao se deparar com uma questão deste porte (com uma norma que reputar inconstitucional), suspender o processo e remeter a questão à apreciação do Tribunal Constitucional”.³⁶

A princípio, não haveria sequer a necessidade de discutir quais seriam os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no Direito alemão, já que os juízes não decidem a este respeito. Afirmou-se, inclusive, que opera uma espécie de presunção de legitimidade das leis³⁷.

Entretanto, observa Mauro Cappelletti que nestes países os juízes comuns têm o dever de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que esta decida de forma vinculatória sobre todos os demais magistrados³⁸. Conclui o autor:

“Em síntese, todos os juízes, e não apenas os juízes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso, enquanto a Corte

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 42.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 85.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 109.

Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade”.³⁹

Esta prática aproximou o sistema alemão – e também o italiano – ao sistema de controle difuso norte-americano. O juiz não decide, mas pode questionar a constitucionalidade da lei, pois “todos são legitimados a requerer tal controle à Corte Constitucional, por ocasião dos casos concretos que eles estejam obrigados a julgar”⁴⁰. Ao mesmo tempo, na Alemanha não se exclui a oportunidade de alguns órgãos não judiciários questionarem a legitimidade de lei por via direta, ou por “via de ação”⁴¹.

Os magistrados alemães podem, portanto, questionar a constitucionalidade das leis. E diante desta realidade chega-se ao conhecido problema: como fica a situação dos casos julgados em que juiz e tribunais aplicaram lei posteriormente declarada inconstitucional?

1.4 A retroatividade das decisões do Tribunal Constitucional Alemão

O exame desta matéria independe da análise da Constituição Federal alemã. Isto porque as dimensões temporais da decisão de inconstitucionalidade estão reguladas pela Lei do Tribunal Constitucional Federal (*BVerGG*), especificamente em seus §§ 78 e 79. Diz o § 79:

“(Efeito da decisão) Contra uma sentença penal transitada em julgado, que está baseada em uma norma declarada incompatível com a Lei Fundamental ou em uma norma declarada nula, consoante com o § 78, ou na interpretação de uma norma que

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 109.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 110.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 110.

foi declarada incompatível com a Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional Federal, é admissível a reabertura do procedimento, de acordo com as prescrições do Código de Processo Penal. De resto, salvo a prescrição do § 95, alínea 2, ou de uma regulação legal especial, ficam intactas as decisões que não podem mais ser impugnadas, as quais estão baseadas numa norma declarada nula, consoante com o § 78. A execução de uma tal decisão é indmissível. Na medida em que a execução forçada, consoante as prescrições do Código de Processo civil, deve ser realizada, vale por analogia a prescrição do § 767 do Código de Processo Civil. Pretensões devido a enriquecimento sem justa causa estão excluídas”.

De início, é interessante notar que a preocupação primeira do legislador alemão foi justamente a inversa do brasileiro: “o § 79 da *BVerGG* foi inspirado no temor de que se desse a uma declaração de inconstitucionalidade um efeito que destruísse a coisa julgada”⁴². O artigo citado deriva de sugestão do próprio Tribunal Constitucional, com o intuito de privilegiar a paz e a segurança jurídica.

Entretanto, Friedrich Müller reconhece que grande parte da doutrina alemã retira deste dispositivo a natureza declaratória da inconstitucionalidade⁴³. O autor justifica este raciocínio: “a declaração de inconstitucionalidade conduz à declaração da nulidade da lei (§78 do *BVerGG*) e essa decisão tem força de lei (§31 do *BVerGG*). Isso é uma intervenção direta do Judiciário no Legislativo, do Terceiro Poder no Primeiro”⁴⁴. Note-se, portanto, que na Alemanha a declaração de inconstitucionalidade também é tida como direito novo, e a questão é saber se ele possui ou não eficácia retroativa.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 44.

⁴³ MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico da ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão* (conferência). Rio de Janeiro: Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf. Último acesso em 19.09.2008.

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico da ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão* (conferência). Rio de Janeiro: Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf. Último acesso em 19.09.2008.

Neste ponto, Friedrich Müller diverge da doutrina majoritária veementemente: “o *mainstream* alemão está inequivocamente obsoleto”⁴⁵. Sua posição é justificada pelo aporte à doutrina norte-americana, bem como pela clara opção da norma alemã de que a retroatividade opera sobre os casos penais, apenas. Nas outras áreas do direito não se discute a alteração dos casos julgados, como bem explicou:

“O § 79 regulamentou matérias especialmente relevantes: contra sentenças penais que se baseiam em uma norma posteriormente declarada inconstitucional ou nula cabe a retomada de um processo. Mas decisões não mais impugnáveis nas outras áreas do direito remanescem ‘intocadas’: por conseguinte, não mais podem ser eliminadas. Se a partir delas ainda não tiver sido efetuado o procedimento da execução – *e.g.*, no Direito Civil –, isso não poderá mais ocorrer a partir de agora. E caso no passado já tenha sido realizada uma execução a partir delas, essa prestação (*Leistung*) não mais poderá ser cobrada de volta, ‘pretensões resultantes de enriquecimento ilícito (...) estão excluídas’ (§79, II). Nesses casos a dimensão temporal do passado é por assim dizer sustada, é bloqueada diante do futuro. Uma exceção – a abertura *facultativa* da dimensão futura – só vale para o direito penal. A razão é plausível, pois esse ramo do direito intervém de modo especialmente cortante nas relações pessoais e porque a pena envolve um juízo de desvalor sobre o comportamento humano – mas justamente com base em uma norma agora declarada inconstitucional. O § 79 precisava solucionar o conflito entre a justiça no caso individual e a segurança jurídica objetiva – em uma constelação que abrange diversas dimensões temporais; em outras palavras, num caso clássico de *direito intertemporal*. Nos casos antes citados – bloqueio do passado diante do futuro –, o § 79 decidiu-se pela segurança jurídica e foi por isso elogiado pelo Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma norma, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações

⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico da ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão* (conferência). Rio de Janeiro: Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf. Último acesso em 19.09.2008.

jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado”⁴⁶

Não resta dúvida, enfim, quanto ao fato da lei alemã ter optado pela segurança jurídica diante do conflito entre esta e a justiça no caso individual⁴⁷. Além disso, pela manifestação de Friedrich Müller, o Tribunal Constitucional Alemão se manifestou a respeito da exceção do caso penal, mas nada disse a respeito da obstaculização da sentença civil transitada em julgado⁴⁸. Cumpre investigar a razão de ser desta omissão.

Neste sentido, “quando a declaração de inconstitucionalidade é invocada como matéria de oposição à execução, sabe-se que este fundamento não se destina a invalidar um juízo legítimo sobre a questão constitucional, mas sim a impedir que um juízo que ilegitimamente aplicou uma lei inconstitucional possa produzir efeitos”⁴⁹. Em outras palavras, Luiz Guilherme Marinoni explica que a regra da *BVerGG* é aplicável somente nos casos em que a sentença executada se baseou em norma anteriormente declarada inconstitucional. Nega-se eficácia, portanto, ao “juízo que ilegitimamente aplicou lei inconstitucional”⁵⁰.

É desta forma que deve ser entendido o § 79 da *BVerGG*. Não há como sustentar um discurso fundado na segurança jurídica, como fez o Tribunal Constitucional, bem como Friedrich Müller, sem adequar a aplicação do dispositivo aos casos civis em fase de execução.

Encerra-se, assim, a apresentação dos dois sistemas originários de controle de constitucionalidade, e foi possível concluir que em nenhum deles as decisões de inconstitucionalidade têm efeitos retroativos amplos. Existem apenas algumas

⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico da ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão* (conferência). Rio de Janeiro: Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf. Último acesso em 19.09.2008.

⁴⁷ Como se verá adiante, este é o argumento mais comum da doutrina que defende a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade no Brasil.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 47.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 50.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 51.

exceções, que são entendidas com o máximo de cuidado pela doutrina e jurisprudência locais. Há, por fim, o chamado controle misto de constitucionalidade, mas seu exame merece maior cuidado, pois é o modelo vigente no Brasil. Sobre ele é que se desenvolvem os textos brasileiros a respeito da “relativização” da coisa julgada inconstitucional”, e por isso seu estudo será feito a partir da doutrina que trata especificamente sobre o tema objeto do presente trabalho.

CAPÍTULO II – A TEORIA DA RESCISÃO DA COISA JULGADA POR PORSTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O tema da rescisão da coisa julgada com fundamento em declaração de inconstitucionalidade foi introduzido no Brasil por Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria, por meio de um parecer. Seus fundamentos foram, logo em seguida, apresentados em forma de artigo⁵¹. Estes textos foram estudados pelo Ministro José Delgado, Relator do processo objeto do parecer, o qual elaborou voto favorável à tese de Humberto Theodoro Junior⁵², e em seguida publicou artigo de sua autoria defendendo a mesma tese⁵³.

Antes, porém, que se passe ao estudo dos textos apresentados pelos autores citados, é preciso saber qual é a origem da tese defendida. O autor reiteradamente citado nos mencionados textos é Paulo Otero, português que publicou, em 1993, o *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Trata-se, na verdade, do berço da tese da inconstitucionalidade da coisa julgada, razão pela qual é impossível tratar deste tema sem referência à obra.

2.1 O controle dos atos do poder público – a tese de Paulo Otero

⁵¹ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, pp. 72-126.

⁵² STJ, 1ª Turma. REsp 240.712/SP. Rel. Min. José Delgado. AC nº 15.02.2000, DJU 24.04.2000, p. 38.

⁵³ DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: **Revista de Processo**. N. 103, pp. 9-36.

ANEXOS

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Coisa julgada inconstitucional**: hipóteses de flexibilização e procedimentos para a impugnação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: execução. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 7.ed. São Paulo: RT, 2008.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BERMUDES, Sérgio. Sindérese e coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

GALVÃO TELES, Miguel. Inconstitucionalidade pretérita. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Nos dez anos da constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa julgada: novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos**. São Paulo: Método, 2007.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A "relativização" da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GUASQUE, Luiz Fabião. **O controle de inconstitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

KUHN, João Lacê. **A coisa julgada na exceção de executividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 8.ed. São Paulo: RT, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, "coisa julgada inconstitucional" e embargos à execução do art. 741, par. Ún. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 3.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, João de Castro. Caso julgado, poder judicial e constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v.26, 1985.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. Tomo 6.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O significado teórico da 'constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão (conferência)**. Rio de Janeiro: Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf>. Acesso em: 19 set. 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo 5 (arts. 444-475).

_____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo 6 (arts. 476-495).

PORTO, Sergio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2006.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Coisa julgada inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa julgada relativa? In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

STRECK, Lênio Luís; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A **nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=60&Itemid=40>. Acesso em: 23 set. 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. Ún.). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

_____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

_____. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.

_____. Inexigibilidade das sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

06/03/2008

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
EMBARGANTE(S) : MARIA AUXILIADORA SANTOS CABRAL DOS ANJOS
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ TÔRRES DAS NEVES E OUTRO(A/S)
EMBARGADO(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ MARIA RICARDO

EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria de votos, conhecer dos embargos. No mérito, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 06 de março de 2008.


MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

04/11/2003

SEGUNDA TURMA

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS**PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): - Sr. Presidente, proponho à Turma que se afete o julgamento deste feito ao Plenário.



SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1**

PROCED.: AMAZONAS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

EMBTE.(S): MARIA AUXILIADORA SANTOS CABRAL DOS ANJOS

ADV.(A/S): JOSÉ TÔRRES DAS NEVES E OUTRO(A/S)

EMBD.O.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S): JOSÉ MARIA RICARDO

Decisão: A Turma, por votação unânime, acolhendo proposta do Relator, **afetou** ao Plenário do Tribunal o julgamento do presente recurso. **2ª Turma**, 04.11.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica
Cureau.

Antonio Neto Brasil
coordenador

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
EMBARGANTE(S) : **MARIA AUXILIADORA SANTOS CABRAL DOS ANJOS**
ADVOGADO(A/S) : **JOSÉ TÔRRES DAS NEVES E OUTRO(A/S)**
EMBARGADO(A/S) : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**
ADVOGADO(A/S) : **JOSÉ MARIA RICARDO**

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão da 2ª Turma que, por unanimidade, decidiu ser inaplicável à hipótese a Súmula 343 do STF, por se tratar de matéria constitucional.

Este o teor da ementa:

"EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória." (fl. 167).

Em suas razões, a embargante sustenta:

"2.4. A questão central, de cunho meramente processual, é apenas esta: está ou não o autor da rescisória obrigado a indicar com precisão, o dispositivo dado como violado, quando a ação tem suporte no art. 485, V, do CPC. Seja positiva ou

negativa a resposta, não resta dúvida de que nenhuma delas envolve violação direta de qualquer texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

(...)

2.5. Este processo não revela qualquer singularidade capaz de ensejar a quebra repentina da jurisprudência consolidada do Pretório Excelso a respeito da impossibilidade do recurso extraordinário para rediscutir questões infraconstitucionais, como é, inegavelmente, a relativa aos requisitos formais da inicial da ação rescisória, especialíssimas, que não se confunde com qualquer reclamatória trabalhista ou ação ordinária.

Ante o exposto, a Embargante espera o recebimento dos seus declaratórios, com a eficácia modificativa do julgado, ex vi do art. 330 do Regimento Interno do Pretório Excelso, a fim de: a) seja analisado o acórdão recorrido, partindo-se da premissa de que nele não se adotou a tese da impossibilidade da rescisória, por ser controvertida a matéria constitucional nele versada, mas a da existência de controvérsia sobre a indicação, na inicial, como violado o artigo 5º, XXXVI, da Lei Magna. Como consequência necessária não se conhecer do apelo extremo; b) ou, se mantido o conhecimento do recurso, declinar-se qual foi o dispositivo constitucional violado diretamente pela decisão do TST, quando entende deficitária a inicial da ação rescisória, com arrimo no artigo 485, V, do CPC, pela ausência de indicação expressa do dispositivo constitucional violado." (fls. 177/180).

Em razão do pedido de efeitos modificativos, determinei a vista ao embargado, que se manifestou, nos seguintes termos:

"Preliminarmente, destaque-se a intempestividade do recurso de embargos: publicado o acórdão do agravo regimental em 11 de abril de 2003 (sexta-feira - fls. 172), o prazo findaria em 18 do mesmo mês e ano (sexta-feira).

Como os embargos foram opostos em 22 de abril de 2003 (fls. 173), o recurso encontra-se intempestivo, sendo irrelevante o feriado de 21 do mesmo mês e ano.

No mérito, a discussão ultrapassa e muito o debate eminentemente processual em torno do art. 485 do CPC, bem como a alegada ofensa reflexa.

(...)

Alega o embargante haver 'discussão estéril' (fl. 174) em relação à Súm. 343/STF, visto inexistir mérito na rescisória.

O argumento não procede, pois o referido enunciado foi expressamente consignado na r. decisão pelo então Rel. Min. Néri da Silveira para negar seguimento ao recurso, sendo imperioso o seu combate no agravo regimental - sendo certo que o equívoco na análise meritória da decisão de fls. 140 justifica o acerto do fundamento contido no agravo regimental de fls. 155/167.

No particular, destaquem-se os argumentos no acórdão embargado à fl. 158 dos autos.

Portanto, correta a discussão no agravo regimental em torno do enunciado 343 do STF.

Por outro lado, o acórdão ora embargado igualmente concluiu pelo 'error in procedendo' do TST, ao verificar a presença do art. 5º, inc. XXXVI, da CF na petição inicial - o que significa ter ocorrido negativa de prestação jurisdicional efetivada pelo órgão de origem." (fls. 191/193).

E conclui:

"Portanto, correta a relação estabelecida entre a fundamentação e o dispositivo ao encontrar o erro de procedimento requerido pelo INSS no recurso extraordinário às fls. 105/108, de modo que, acolhida a deficiência na prestação jurisdicional (não julgamento do recurso ordinário), a única saída seria o retorno dos autos à origem para a apreciação do recurso como de direito.

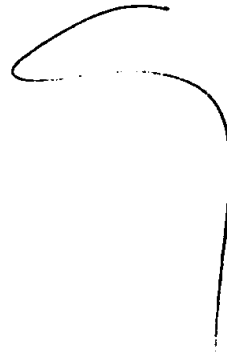
Daí porque, ao contrário do que afirmou o embargante, a controvérsia não se resume ao art. 485, inc. V, do CPC, mas a efetiva prestação jurisdicional (tema eminentemente constitucional) que se deve conferir à postulação do autor, pois o único óbice consignado no TST afigurou-se equivocado, tolhido o direito do autor ao processamento e análise de seu recurso, razão pela qual a violação à Lei Maior foi manifesta na decisão de fls. 88/89.

Pelas mesma razões supracitadas, afasta-se a alegação de ofensa reflexa, revelando-se procrastinatórios os embargos opostos pelo agravado.

A manutenção do *decisum* é medida de rigor." (fls. 194/195).

Em sessão de 4.11.2003, ao julgar os presentes embargos, a Segunda Turma acolheu minha proposta, no sentido de submeter a matéria ao Pleno.

É o relatório.

A handwritten signature, likely of a judge, consisting of a stylized, flowing line that starts with a small loop and ends with a long, vertical stroke.

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
EMBARGANTE(S) : **MARIA AUXILIADORA SANTOS CABRAL DOS ANJOS**
ADVOGADO(A/S) : **JOSÉ TÔRRES DAS NEVES E OUTRO(A/S)**
EMBARGADO(A/S) : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**
ADVOGADO(A/S) : **JOSÉ MARIA RICARDO**

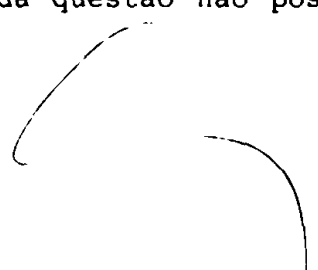
V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão unânime da 2ª Turma, que deu provimento ao recurso extraordinário do INSS, afastando a aplicação da Súmula nº 343/STF em controvérsia constitucional e determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que aprecie a ação rescisória como entender de direito.

No caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, julgou improcedente ação rescisória proposta pelo INSS, com fundamento na Súmula nº 343 deste STF, apesar de verificada controvérsia constitucional quanto ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF), em ação rescindenda que cuidava de planos econômicos.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao recurso ordinário e à remessa *ex-officio*, mantendo a decisão do regional

Interposto recurso extraordinário, o Min. Néri da Silveira negou seguimento ao recurso, ao fundamento de que a natureza processual da questão não possibilitava o processamento do recurso.



RE 328.812-ED / AM

Contra esta decisão, o INSS interpôs agravo regimental, o qual apresentei em mesa junto à 2ª Turma desta Corte. Na oportunidade, proferi voto no sentido de que não se aplica o verbete da Súmula n 343/STF quando a interpretação controvertida for de texto constitucional, reportando-me ao precedente relatado pelo Min. Cunha Peixoto (RE 89.108/GO, DJ 19.12.1980).

Ao dar provimento ao agravo regimental que então se julgava, lembrei que a inicial da rescisória fundamenta-se na ofensa ao princípio do direito adquirido. Embora constasse da inicial a referência ao art. 5º, XXXVI, ressaltou-se que a providência era dispensável, diante da clara invocação do aludido princípio constitucional.

De tal modo, votei pelo provimento ao agravo regimental, para conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, determinando que o Tribunal de origem apreciasse a ação rescisória, na qual se invoca, exatamente, a inexistência de direito adquirido.

Após o pedido de vista do Min. Carlos Velloso, na assentada de 10 de dezembro de 2002, a 2ª Turma deu provimento ao agravo regimental, por unanimidade, para conhecer e, desde logo, dar provimento ao recurso extraordinário, para que o Tribunal *a quo* apreciasse a ação rescisória de que se cuidava.

É este o acórdão embargado.

Do pedido, colhe-se que o embargante pretende que:

RE 328.812-ED / AM

a) "seja analisado o acórdão recorrido, partindo-se da premissa de que nele não se adotou a tese da impossibilidade da rescisória, por ser controvertida a matéria constitucional nele versada, mas a da existência de controvérsia sobre a indicação, na inicial, como violado o art. 5º, XXXVI, da Lei Magna (...)" ;

b) "ou, se mantido o conhecimento do recurso, declinar-se qual foi o dispositivo constitucional violado diretamente pela decisão do TST, quando entende deficitária a inicial de ação rescisória com arrimo no artigo 485, V, do CPC, pela ausência de indicação expressa do dispositivo constitucional violado" (fls. 180 e 181).

Inicialmente, afasto a preliminar de intempestividade suscitada pelo embargado (fls. 191/192), uma vez que o acórdão embargado foi publicado em 11.4.2003, sexta-feira (fl. 172), iniciando-se o prazo no dia 14.4.2003, segunda-feira. Considerando os feriados de 18.4.2003 (sexta-feira da paixão) e 21.4.2003 (Tiradentes), o prazo da embargante findou-se em 22.4.2003, terça-feira, data em que protocolados os presentes embargos (fl. 173).

Quanto às alegações do embargante, os limites dos embargos declaratórios encontram-se desenhados adequadamente no art. 535 do CPC. Cabem quando a decisão embargada contenha obscuridade ou contradição, ou quando for omitido o ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Não há no modelo brasileiro embargos de declaração com o objetivo de se determinar à autoridade judicial a análise de qualquer decisão, a partir de premissa adotada pelo embargante.

RE 328.812-ED / AM

Nesse sentido, inadequados os embargos, ao menos no que se refere ao primeiro dos pedidos, porquanto a pretensão não se subsume as hipóteses do art. 535 do CPC.

No que tange à suscitada omissão quanto aos requisitos para conhecimento do recurso extraordinário, tampouco merece prosperar o inconformismo.

Com efeito, o acórdão embargado afastou os contornos da Súmula 343/STF, com fundamento na força normativa e concretizadora da Constituição, assentando tanto a admissibilidade do apelo extremo quanto da ação rescisória em apreço.

Ademais, destaque-se que a discussão sobre os limites de conhecimento do recurso extraordinário quanto à alínea "a" do permissivo constitucional é irrelevante na espécie.

Com efeito, este Plenário assentou - no julgamento do RE 298.694/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004 - que este STF não está restrito ao exame dos dispositivos alegados pelo recorrente, ao apreciar recurso extraordinário:

"I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido.

II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade

pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.

(...)." (RE 298.694/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 23.4.2004)

No que tange à inaplicabilidade da Súmula 343/STF, tenho reiteradamente observado nesta Corte que este verbete precisa ser revisto. Refiro-me, especificamente, aos processos que identificam matéria contraditória à época da discussão originária, questão constitucional, bem como jurisprudência supervenientemente fixada, em favor da tese do interessado.

Não vejo como não afastarmos a Súmula 343, nestas hipóteses, como medida de instrumentalização da força normativa da Constituição.

Trata-se de posição que sustentei em voto vista que proferi no AI-AgR 460.439, quando discutíamos questão atinente à correção de contas do FGTS.

Mais uma vez, é necessário ponderar acerca do papel da ação rescisória em nosso sistema jurídico.

O instituto da rescisória representa, sobretudo, uma conciliação entre os extremos do respeito incondicional à coisa julgada e a possibilidade de reforma permanente das decisões judiciais. (Cf. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 3.^a edição revista e aumentada).

Sob uma perspectiva constitucional, ao analisar o

RE 328.812-ED / AM

instituto da rescisória temos dois valores em confronto. De um lado a segurança jurídica. Do outro, temos uma manifestação do devido processo legal, qual seja o compromisso do sistema com a prestação judicial correta, não viciada.

Na realidade, o instituto da rescisória atende à efetiva realização da idéia de Justiça.

Isso pode ser extraído das hipóteses de admissibilidade da rescisória descritas no art. 485 do CPC. Sem dúvida, de uma leitura "positiva" dos incisos que compõem o art. 485, depreende-se que o sistema busca, entre outros aspectos, sentenças proferidas por juízes honestos (incisos I e II), que sejam harmônicas em relação a outros pronunciamentos judiciais (inc. IV), que tenham substrato probatório consistente (VI, VII e VIII), e que respeitem a ordem legal objetiva (V), etc. Não observados tais objetivos, o sistema estabelece uma via processual de correção, nas hipóteses específicas do art. 485 do CPC.

Ou seja, a partir da rescisória, constrói o legislador uma espécie de válvula de segurança, uma última via de correção para o sistema judicial. Uma via restrita, certamente, sujeita a prazo e a hipóteses específicas, tendo em vista aquela perspectiva de resguardo da segurança jurídica.

No âmbito específico do inciso V, o propósito imediato é o de garantir a máxima eficácia da ordem legislativa em sentido amplo. Para isto, permite-se a excepcional rescisão daqueles julgados em que o magistrado violou, nos termos do CPC, "literal disposição de lei".

A violação à literal disposição de lei obviamente

RE 328.812-ED / AM

contempla a violação às normas constitucionais, o que poderia ser considerado como um tipo de violação "qualificada".

Indaga-se: nas hipóteses em que esta Corte fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, para o fim de ajustá-la à ordem constitucional, a contrariedade a esta interpretação do Supremo Tribunal, ou melhor, a contrariedade à lei definitivamente interpretada pelo STF em face da Constituição ensejaria a utilização da ação rescisória?

Penso que sim. Penso que aqui há uma razão muito clara e definitiva para a admissão das ações rescisórias.

Quando uma decisão desta Corte fixa uma interpretação constitucional, entre outros aspectos está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa infraconstitucional em face daquele parâmetro maior, que é a Constituição.

Isso obviamente não se confunde com a solução de divergência relativa à interpretação de normas no plano infraconstitucional. Não é por acaso que uma decisão definitiva do STJ, pacificando a interpretação de uma lei, não possui o mesmo alcance de uma decisão definitiva desta Corte em matéria constitucional. Controvérsia na interpretação de lei e controvérsia constitucional são coisas absolutamente distintas e para cada uma delas o nosso sistema constitucional estabeleceu mecanismos de solução diferenciados com resultados também diferenciados.

Não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e

RE 328.812-ED / AM

vedar a rescisória para rever uma interpretação da lei que é contrária àquela fixada pelo Supremo Tribunal Federal em questão constitucional.

Nesse ponto, penso que é fundamental lembrar que nas decisões proferidas por esta Corte temos um tipo especialíssimo de concretização da Carta Constitucional. E isto certamente não equivale à aplicação da legislação infraconstitucional.

A violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é sem dúvida algo mais grave que a violação à lei. Isto já havia sido intuído por Pontes de Miranda ao discorrer especificamente sobre a hipótese de rescisória hoje descrita no art. 485, inciso V, do CPC. Sobre a violação à Constituição como pressuposto para a rescisória, dizia Pontes que "o direito constitucional é direito, como os outros ramos; não o é menos; **em certo sentido, é ainda mais**. Rescindíveis são as sentenças que o violam, quer se trate de sentenças das Justiças locais, quer de sentenças dos tribunais federais, inclusive as decisões unânimes do Supremo Tribunal Federal". (cit., p. 222).

De fato, negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa. Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada.

Nesse ponto, penso, também, que a rescisória adquire uma feição que melhor realiza o princípio da isonomia.

Se por um lado a rescisão de uma sentença representa certo fator de instabilidade, por outro não se pode negar que uma

RE 328.812-ED / AM

aplicação assimétrica de uma decisão desta Corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema. Isso não é, certamente, algo equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional.

Certamente já não é fácil explicar a um cidadão porque ele teve um tratamento judicial desfavorável enquanto seu colega de trabalho alcançou uma decisão favorável, considerado o mesmo quadro normativo infraconstitucional. Mas aqui, por uma opção do sistema, tendo em vista a perspectiva de segurança jurídica, admite-se a solução restritiva à rescisória que está plasmada na Súmula 343.

Mas essa perspectiva não parece admissível quando falamos de controvérsia constitucional. Isto porque aqui o referencial normativo é outro, é a Constituição, é o próprio pressuposto que dá autoridade a qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial!

Considerada tal distinção, tenho que aqui a melhor linha de interpretação do instituto da rescisória é aquela que privilegia a decisão desta Corte em matéria constitucional. Estamos aqui falando de decisões do órgão máximo do Judiciário, estamos falando de decisões definitivas e, sobretudo, estamos falando de decisões que, repito, concretizam diretamente o texto da Constituição.

Assim, considerado o escopo da ação rescisória, especialmente aquele descrito no inciso V do art. 485 do CPC, a partir de uma leitura constitucional deste dispositivo do Código de Processo, já não teria dificuldades em admitir a rescisória no caso em exame, ou seja, nos casos em que o pedido de revisão da coisa julgada funda-se em violação às decisões definitivas desta Corte em

RE 328.812-ED / AM

matéria constitucional.

Considero, de qualquer modo, necessário avançar nessa linha de argumento, e enfatizar uma perspectiva específica, relacionada à posição de supremacia das normas constitucionais.

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica.

Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, uma fragilização da força normativa da Constituição.

Lembro-me aqui da lição de Konrad Hesse:

"(...) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos ainda quando realizados não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.'" (A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22).

A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em três instâncias ordinárias...

De fato, penso que não podemos desconsiderar o atual contexto da demora na tramitação das questões que chegam ao STF em recurso extraordinário, o que, aliás, é uma decorrência de uma perspectiva que entendo equivocada.

A interpretação restritiva, considerado esse modelo em que as questões constitucionais chegam ao Supremo tardiamente, cria uma inversão no exercício da interpretação constitucional. A interpretação dos demais tribunais e dos juízes de primeira instância acaba por assumir um significado muito mais relevante que o pronunciamento desta Corte. Não posso aceitar isso. Isto não é, por evidente, uma rejeição ao modelo difuso. O que quero enfatizar é que estamos aqui diante de uma distorção do modelo que merece ser corrigida. A rescisória, tal como se coloca no presente caso, serve justamente para permitir essa correção.

A exegese restritiva, que na verdade assume um caráter excessivamente defensivo, acaba por privilegiar a interpretação controvertida, para a manutenção de julgado desenvolvido contra a orientação desta Corte, significa afrontar a efetividade da Constituição. Isso não me parece aceitável, com a devida vênia.

Sobre o tema específico que se coloca nos autos, lembro aqui de um estudo de 2003, da autoria do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki ("*Ação Rescisória em Matéria Constitucional*", Revista de Direito Renovar, nº 27. Set-Dez 2003. Ed. Renovar. págs. 153-174). Diz Teori, tratando expressamente da aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional:

"O exame desta orientação em face das súmulas revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a

sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna. Supremacia da Constituição e autoridade do STF são, na verdade, valores associados e que têm sentido transcendental quando associados. Há, entre eles, relação de meio e fim. E é justamente essa associação o referencial básico de que se lança mão para solucionar os diversos problemas, adiante expostos, atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional. Com efeito, a tese da inaplicabilidade da súmula 343, isoladamente considerada, não representa panacéia universal e nem tem, por si só, a propriedade de justificar e resolver todas as questões teóricas e práticas decorrentes da coisa julgada em seara constitucional. Imagine-se a hipótese de ação rescisória envolvendo tema constitucional controvertido nos tribunais, sem que a respeito dele tenha havido pronunciamento do STF. Permitir, em casos tais, que um tribunal local possa, sem mais e em qualquer circunstância, rescindir a sentença, significaria transformar a ação rescisória em simples recurso ordinário, com prazo de dois anos, sem qualquer segurança de ganho para a guarda da Constituição. Seria, simplesmente, alimentar ainda mais a controvérsia, com a desvantagem adicional de ensejar sentenças em rescisória incompatíveis com futuro pronunciamento da Corte Suprema. Bem se vê, portanto, que em situações desse jaez fica difícil contestar, ainda que se trate de questão constitucional, o sentido lógico e prático da súmula 343. O que se quer afirmar, por isso mesmo, é que, em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja 'literal violação' a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele, associado ao princípio da supremacia, é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da súmula 343 (negativo porque indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais, não há violação literal a preceito normativo a ensejar rescisão), por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF."

Estas as conclusões de Teori:

"(a) a coisa julgada não é um valor absoluto, mas relativo, estando sujeita a modificação mediante ação rescisória, nos casos previstos no art. 485 do Código de Processo Civil;

(b) admite-se rescisão, entre outras hipóteses, quando a sentença transitada em julgado tenha violado 'literal disposição de lei' (art. 485, V, do CPC);

(c) 'lei', no texto referido, tem o significado de norma jurídica, compreendendo também a norma constitucional;

(d) relativamente às normas infraconstitucionais, entende-se como 'violação literal' a que se mostrar de modo evidente, flagrante, manifesto, não se compreendendo como tal a interpretação razoável da norma, embora não a melhor;

(e) quando a norma for de interpretação controvertida nos tribunais, considera-se como interpretação razoável a que adota uma das correntes da divergência, caso em que não será cabível a ação rescisória (súmula 343 do STF);

(f) relativamente às normas constitucionais, que têm supremacia sobre todo o sistema e cuja guarda é função precípua do Supremo Tribunal Federal, não se admite a doutrina da 'interpretação razoável' (mas apenas a melhor interpretação), não se lhes aplicando, por isso mesmo, o enunciado da súmula 343;

(g) considera-se a melhor interpretação, para efeitos institucionais, a que provém do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, razão pela qual sujeitam-se a ação rescisória, independentemente da existência de controvérsia sobre a matéria nos tribunais, as sentenças contrárias a precedentes do STF, seja ele anterior ou posterior ao julgado rescindendo, tenha ele origem em controle concentrado de constitucionalidade, ou em controle difuso, ou em matéria constitucional não sujeita aos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade dos preceitos normativos;

(h) não havendo precedente do STF sobre a matéria, o princípio da supremacia da Constituição e a indispensabilidade da aplicação uniforme de suas normas impõe que se admita ação rescisória, mesmo que se trate de questão controvertida nos tribunais;

(i) todavia, a decisão de mérito que nela for tomada terá de dar ensejo a recurso extraordinário, com ataque não apenas aos pressupostos da ação rescisória, mas também aos seus fundamentos, único modo de viabilizar que o Supremo Tribunal Federal, com sua palavra autorizada e definitiva, encerre a controvérsia sobre a alegada violação à Constituição."

Penso que o Ministro Teori bem compreendeu o papel desta Corte em nosso sistema.

Esse pensamento, em verdade, também corresponde a manifestações desta Corte em alguns julgados.

No julgamento do RE nº 89.108/GO, Plenário, Min. Cunha Peixoto, D.J. de 19.12.80, o Tribunal decidiu que não se aplica o verbete da Súmula 343/STF quando a interpretação for de texto constitucional. A ementa desse julgado está assim redigida:

"- AÇÃO RESCISÓRIA - PRESSUPOSTOS.

- Decisão que admite a constitucionalidade de lei estadual (lei nº 7.250, de 21.11.68 - art. 67 -, do Estado de Goiás, que estabeleceu a feitura de lista tríplice, dentre os aprovados no concurso público, para provimento de serventias da Justiça), ofende preceito constitucional (art. 97, § 1º, da CF), sendo passível, em consequência, de revisão através de ação rescisória, proposta com fulcro no art. 485, V, do CPC.

- Inaplicabilidade, à espécie, do enunciado nº 343 da Súmula do STF, seja pela inexistência de dissídio de julgados até o pronunciamento da inconstitucionalidade do dispositivo de lei estadual sob exame, quer porque o aresto discrepante, proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (RE nº 71.983), foi posteriormente absorvido por decisão contrária do Plenário desse mesmo Tribunal (RE nº 73.709).

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE nº 89.108/GO, Plenário, Min. Cunha Peixoto, D.J. de 19.12.80).

Nesse sentido, ainda:

"Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao art. 165, par. único da Constituição. Súmula 343 (inaplicação). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, § único da CF, dada a inexistência do pressuposto da correspondente fonte de custeio total. A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido." (RE nº 101.114/SP, 1ª Turma, Min. Rafael Mayer, D.J. de 10.2.84)

"Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao art. 165, parágrafo único da Constituição Federal. Súmula 343 (inaplicabilidade). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal, dada a inexistência da correspondente fonte de custeio.

A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE nº 103.880/SP, 1ª Turma, Min. Sydney Sanches, D.J. de 22.2.85).

Recentemente, no julgamento da Ação Rescisória nº 1572/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21.9.2007, o Plenário afastou, por unanimidade, a Súmula 343/STF em tema constitucional, inclusive citando o acórdão ora embargado. Na oportunidade, a eminente relatora destacou:

"No que concerne ao argumento de descabimento do pedido rescisório e incidência da Súmula 343 deste STF ('Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'), recorro que esta Corte

já deixou assinalado a inexistência de tal óbice quando em jogo interpretação de matéria de cunho constitucional. Destaco, nesse sentido, precedente da 2ª Turma (RE 328.812-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 11.04.2003) assim ementado:

'Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.'

Anoto que, nesse julgamento, fez-se referência a julgado oriundo do Plenário desta Casa que já proclamara não invocável o verbete da Súmula 343 no debate de matéria constitucional (RE 89.108, rel. Min. Cunha Peixoto, Plenário, maioria, DJ de 19.12.1980).

Nem se diga que tais precedentes somente apreciaram a questão em sede recursal, como decorrência da busca da coerência entre julgados dos demais tribunais e os paradigmas constitucionais fixados pelo Supremo Tribunal. A razão de ser do afastamento da Súmula em matéria constitucional, como explicitado nos precedentes, diz com a própria realização da força normativa da Constituição. Não presta homenagem à eficácia do texto constitucional uma interpretação que coíba o dissenso entre os demais tribunais e esta Corte, mas o admita no âmbito interno desta Casa.

Rejeito, portanto, a pretensão de incidência da Súmula STF nº 343, para impedir a apreciação deste pedido rescisório." (voto da Min. Ellen Gracie, AR 1572/RJ, Pleno, DJ 21.9.2007).

Tais precedentes, penso, correspondem à melhor exegese, tanto do texto constitucional quanto do instituto da ação rescisória, em sua específica previsão no art. 485, V, do CPC.

Não vejo, com a devida vênica, que a opção restritiva que se tem colocado seja a mais adequada. Não vejo, sobretudo, uma razão constitucional consistente para a opção de caráter restritivo.

Ante o exposto, conheço dos embargos de declaração, para rejeitá-los, dado que o acórdão embargado não contém obscuridade ou contradição, bem como não se encontra omissa em relação a ponto sobre o qual devia ter-se pronunciado.

É como voto.

06/03/2008

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhora Presidente, na realidade, a conclusão não tem nada com o mérito do voto do Ministro Relator. Estamos, pura e simplesmente, rejeitando os embargos declaratórios por ausência de omissão, mas Sua Excelência traz um ponto que é extremamente relevante: toda a jurisprudência brasileira foi concentrada na idéia de que, havendo interpretação razoável, não se dava ensanchas à ação rescisória.

Propõe-se agora uma inversão desse patamar de interpretação jurisprudencial, no que diz com a ação rescisória, para os efeitos da norma constitucional. Ou seja: se, eventualmente, houver sido decidida uma questão em qualquer instância ou Tribunal e, posteriormente, mas dentro do prazo de dois anos, houver uma alteração da jurisprudência desta Suprema Corte no tocante àquele tema, tornar-se-á possível o curso da ação rescisória, independentemente da invocação da Súmula nº 343, que continua prevalecendo quanto à legislação infraconstitucional.

Considero essa uma interpretação extremamente forte no sentido de prestigiar as decisões da Suprema Corte. E ela não é uma decisão que já não tenha recebido, como mostrou o Relator, guarida adequada das Turmas do Supremo Tribunal Federal.

De fato, se admitirmos que, no período da ação rescisória, houve uma modificação ou, como diz o Ministro **Marco Aurélio**, uma evolução da jurisprudência constitucional com relação a assentar determinada interpretação da norma constitucional, nada mais razoável do que se admitir a ação rescisória porque, na realidade, o que se está fazendo com a admissão da ação rescisória é especificamente fortalecer a jurisprudência constitucional da Suprema Corte do país.

minh

Essas são as razões pelas quais, na substância do voto do eminente Relator, também o acompanho, com a só observação de ser extremamente necessário consagrarmos isso numa súmula, para que ela tenha eficácia com relação às instâncias ordinárias e aos Tribunais superiores. Se assim não o fizermos, continuaremos a ter a interpretação da Súmula nº 343.

Acompanho Sua Excelência com essas observações e com a sugestão de que se sumule a matéria até mesmo com efeito vinculante.

o vincolo
sing.

06/03/2008

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONASV O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, acompanho o Relator, mas, da mesma forma que o Ministro Menezes Direito, ressalto esta fundamentação no sentido da não-aplicação da Súmula nº 343 deste Supremo para os casos em que haja matéria constitucional.

Acompanho integralmente, com as achegas do eminente Ministro Menezes Direito

.. ..

06/03/2008

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONASV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator no que diz respeito à rejeição dos embargos.

Considero ainda que solução dada por Sua Excelência, no mérito, é a mais consentânea com o princípio da supremacia da Constituição. Assim como não se pode admitir a prevalência de uma norma inconstitucional no sistema da Carta Magna, evidentemente, pelo mesmo motivo, não se poderá admitir uma decisão judicial incompatível com esse mesmo sistema.

Acompanho integralmente as observações feitas pelo eminente Ministro Menezes Direito quanto à necessidade de se editar uma nova súmula, porque gerações inteiras de magistrados foram formadas tendo em vista exatamente a prevalência dessa súmula. E é preciso que o Supremo Tribunal Federal sinalize que houve, realmente, uma alteração no entendimento que até agora prevaleceu.



06/03/2008

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONASVOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também estou convencido do acerto da nova proposta contida no voto de Vossa Excelência.

Em se tratando de matéria constitucional, a ortodoxia com que interpretávamos a Súmula nº 343 é posta de lado, em homenagem, em última análise, ao princípio da supremacia da Constituição e da unidade do sistema constitucional.

Quanto à sumulação vinculante, teríamos de aguardar outras decisões.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Há várias decisões na Turma. Neste caso, tratava-se de embargos com efeitos modificativos, invocando eventual divergência; por isso a matéria foi afetada ao Plenário. No entanto, já temos algumas decisões.

RE 328.812-ED / AM

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Há decisões na Turma, que teriam serventia, então, para viabilizar a edição da súmula vinculante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Seria caso de alterar a Súmula nº 343, ou fazer um aditamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - O pressuposto da edição de súmula vinculante é haver decisões reiteradas no mesmo sentido, ou seja, uma jurisprudência já firme.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É só anunciar que a Súmula nº 343 não se aplica a questão constitucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Acompanho o Ministro-Relator.

06/03/2008**TRIBUNAL PLENO****EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, a meu gosto, cancelaria a súmula. Em não se tratando de interpretação evolutiva, não consigo entender como possam subsistir, numa sociedade unitária como a nossa, de direito federal centralizado, interpretações disformes da mesma norma.

Acompanho o voto do Relator.



06/03/2008

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONASEXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A interpretação mais certa - não a mais razoável - seria a mais nova, ou seja, a decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal. Há o elemento temporal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)

- A Súmula nº 343, como bem lembrou o Ministro Menezes Direito, associa-se à Súmula nº 400, relativa à interpretação razoável. O Supremo Tribunal Federal a enfatizou quando também exercia as funções hoje conferidas ao STJ. Era a idéia de ser possível haver duas interpretações razoáveis, ambas corretas.

06/03/2008


TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, faço justiça ao Tribunal, no que editou o Verbete nº 343 da Súmula. Explico a razão desse verbete: o cabimento da rescisória faz-se, considerado o que contido no verbete, a partir da violência à literalidade de preceito legal. Se, à época do pronunciamento, existiam interpretações diversas - e poderia haver até interpretação, em número maior, no sentido da decisão rescindenda majoritária -, como concluir pela violência à literalidade de lei? Daí ter vindo à balha o Verbete nº 343. No caso concreto, no entanto, não posso acompanhar a maioria já formada.

O Instituto, no julgamento de agravo regimental, logrou reverter o quadro decisório perante a Turma - o acórdão impugnado, mediante embargos declaratórios, é dela, não do Plenário. Entendeu a Turma, então, que não se aplicaria à espécie o Verbete nº 343, em que pese à definição do direito ao reajuste pressupor interpretação de diplomas estritamente legais. Certo ou errado, foi o que a Turma assentou. E consignou ainda que, em se tratando de rescisória, por violência à literalidade de lei, o autor não precisa indicar, na inicial, o dispositivo que teria sido infringido. Pelo menos, é o que consta da ementa:

Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido.



RE 328.812-ED / AM**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)**

- A questão era: ou invocava-se o postulado do direito adquirido ou o art. 5º, XXXVI.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O quadro, a meu ver, discrepa do objetivo maior do processo: a liberdade em seu sentido largo, linear.

A Turma julgou. O acórdão desafiou, na visão da agravada, embargos declaratórios, os quais, sabemos, visam esclarecer ou integrar a decisão proferida.

Faço esta colocação: qual o órgão competente para examinar os embargos declaratórios? É aquele que se aponta como omissor, como formalizador de ato contraditório ou obscuro. Este Pleno nada julgou e, portanto, não pode ser tido como órgão competente. Os embargos declaratórios em apreciação pelo Plenário, o qual não prolatou a decisão embargada, só podem ser examinados pela própria Turma.

Há mais: as causas de pedir dos embargos declaratórios são as já mencionadas - omissão, contradição, obscuridade. Indago: a partir de qualquer dessas causas de pedir - e se vai adiante, conforme o voto condutor do julgamento, para se adentrar matéria de fundo do recurso extraordinário -, apreciando-se, agora, no Plenário, os embargos declaratórios, como fica a situação da embargada, presente a possibilidade, a potencialidade de interposição de embargos de divergência? O acórdão do Plenário

RE 328.812-ED / AM

poderá ser alvo de embargos de divergência? Não. Ou seja, o deslocamento do processo para apreciação dos embargos declaratórios, que são da competência da Turma, pelo Plenário acaba por selar a sorte da embargante.

Peço vênica para entender, num primeiro passo, que não incumbe ao Plenário, mas à Turma prolatora do acórdão impugnado, apreciar os embargos declaratórios. Num segundo passo, sem adentrar as questões decididas pela Turma, desprovejo os declaratórios apontando que não se está diante de omissão, contradição ou obscuridade.

No acórdão, até mesmo pela ementa confeccionada, houve o enfrentamento das matérias colocadas, ou seja, a inadequação do Verbete nº 343, a ponto de obstaculizar a rescisória, e também não ser necessário que o respectivo autor indique precisamente, na petição inicial, o preceito que teria sido infringido na literalidade.

Preliminarmente, não conheço dos embargos declaratórios por entender que cabe à Turma o julgamento. Ultrapassada a preliminar, desprovejo-os, por não vislumbrar omissão, contradição ou obscuridade.

É como voto.

06/03/2008


TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1 AMAZONAS

À revisão de apertes dos Senhores Ministros
GILMAR MENDES (Presidente e Relator),
CARLOS BRITTO, MARCO AURÉLIO, MENEZES
DIREITO e CEZAR PELUSO.

V O T O


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, há o aspecto formal, suscitado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que o órgão competente para apreciar embargos de declaração, considerada a própria função processual desse meio recursal, é aquele do qual emanou o acórdão impugnado. No caso, o julgamento consubstanciado no acórdão emanou, efetivamente, da Segunda Turma desta Corte.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -**

A idéia básica é de que estamos a pronunciar o tema, superando inclusive o formalismo dos eventuais embargos de divergência, no Pleno. Até porque, nos embargos, suscitavam-se precedentes outros do Tribunal que determinavam a aplicação da Súmula nº 343. Daí a Turma ter afetado a matéria ao Plenário.

RE 328.812-ED / AM

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Na própria Segunda Turma há divergência?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, há acórdãos conflitantes. 

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Havia precedentes anteriores.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Na Primeira Turma também há decisões divergentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Plenário recebe os embargos como embargos de divergência? Se receber, modificarei o voto para provê-los. Entendo que a evocação do Verbete nº 343 diz respeito, também, à interpretação dos diplomas que cogitaram da correção. Necessariamente, na inicial da ação rescisória ajuizada a partir da violência à literalidade de lei, o autor tem de indicar o preceito cuja literalidade teria sido infringida. Então, proveria para restabelecer a decisão da Turma, ao julgar o agravo regimental do Instituto. Vejo, ou pelo menos imagino, que, talvez, o relator, inicialmente, negara seguimento ao recurso extraordinário do Instituto.

RE 328.812-ED / AM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -

O Relator, inicialmente, foi o Ministro Néri da Silveira.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ele negou seguimento ao recurso extraordinário do instituto?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -

Sim, com base na jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Entendo que, no caso, o ministro Néri da Silveira acertou ao negar seguimento a esse recurso. Portanto, se o Tribunal o enfrenta como embargos de divergência, admito-os, quanto ao mérito, para reformar a decisão da Turma.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Marco Aurélio**, tenho muita dificuldade em assimilar a conversão dos embargos de declaração em embargos de divergência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A dificuldade maior - a não ser que desconheçamos por completo o objetivo dos

RE 328.812-ED / AM

declaratórios, que é o esclarecimento ou a integração da decisão proferida - é o deslocamento da competência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Marco Aurélio**, entendo que a conversão, a meu sentir, diferentemente do que pensa Vossa Excelência, é mais difícil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Excelência. Não preconizo o recebimento como embargos de divergência. Indaguei: o Colegiado recebe o recurso como embargos de divergência? Não o faço, porque, na inicial dos declaratórios, deve ter sido apontada contradição, obscuridade ou omissão. Se o Tribunal os receber, então os provejo.

Penso que a decisão do ministro Néri da Silveira se mostrou mais adequada com a ordem jurídica.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Quero apenas concluir. Dizia o seguinte: vejo com muita dificuldade a conversão dos embargos declaratórios em embargos de divergência pela especificação desse tipo de recurso. Entendo também, por outro lado, que, neste caso concreto, o julgamento dos embargos foi atraído para o Pleno do Supremo em virtude da matéria,

RE 328.812-ED / AM

que é bastante controvertida e implica, necessariamente, numa alteração da aplicação de uma súmula da Corte. Nesse caso, justifica-se o **per saltum** para o julgamento do Pleno, porque, de outro modo, não teríamos condições de enfrentar a matéria, salvo se a submetêssemos também ao regime próprio dos embargos de divergência. Ocorre que temos superado o regime próprio dos embargos de divergência, no **per saltum** para o Pleno, mesmo em outro tipo de recurso, quando se trata de matéria que realmente exija uma redefinição ou uma reorientação da jurisprudência do Supremo Tribunal.

Por esse motivo acompanhei, também nesse ponto, a possibilidade de o Pleno examinar os embargos de declaração como tal.


Desculpe, Ministro **Celso Mello**.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não. Vossa Excelência reforça aquilo que falei. Na verdade, há uma razão que levou a Segunda Turma a entender que o Plenário desta Corte deveria pronunciar-se sobre a matéria. Foi exatamente a divergência em torno do tema. Uma divergência que, pelo menos no contexto da Segunda Turma, seria meramente intra-orgânica, o que, obviamente, afastaria a possibilidade de conversão destes embargos de declaração em embargos de divergência. Na verdade, há uma razão que justifica o

RE 328.812-ED / AM

pronunciamento do Plenário, por se tratar da aplicação e da interpretação do alcance do próprio enunciado constante da Súmula 343.

Por essa razão, entendo excepcionalmente possível, dada a natureza da matéria, submeter, ao Plenário, por deliberação do próprio órgão de que emanou o acórdão questionado, o exame dos presentes embargos de declaração.

Antes de prosseguir, talvez conviesse ouvir o que os demais Juízes pensam sobre a questão. 

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não é preciso. O silêncio é eloquente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Creio que todos estamos de acordo.



Fiz questão de ressaltar, no próprio relatório, estarmos diante de um caso atípico, ao dizer que a Turma havia decidido afetá-lo ao Plenário, porque a própria embargante suscitava as divergências existentes e as possíveis incongruências.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - No interior da própria Turma.

RE 328.812-ED / AM**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -**

Há inclusive uma questão sobre a qual podemos meditar. Há o exemplo das Cortes gêmeas. Na Alemanha, diz-se que o Primeiro e o Segundo Senado representam a Corte Constitucional. Entre nós poderia surgir esta dúvida: a relação entre Turmas e Plenário. A Turma pode, eventualmente, não representar o Tribunal, embora o faça diuturnamente.

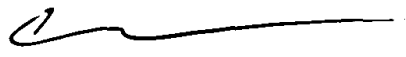
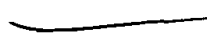
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há pronunciamentos

explícitos e formais deste Plenário reconhecendo que a Turma é o próprio Tribunal. Portanto, as decisões da Turma são imputáveis, juridicamente, ao Supremo Tribunal Federal. 


O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -


É inegável que o Plenário envolve o Tribunal como um todo. Nesse sentido, não estamos comentando nenhum deslize do ponto de vista ontológico.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo possível o

reconhecimento da competência recursal deste Plenário para apreciar os presentes embargos de declaração. 



RE 328.812-ED / AM

A questão toda cinge-se ao exame do alcance da Súmula 343/STF. Admito que tenho julgado em sentido diverso, na própria Segunda Turma.



O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Também tenho votado em sentido diverso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, reconheço que o magnífico voto proferido por Vossa Excelência nesta sessão fortalece o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. Confere, a esta Corte Suprema, o meio instrumental necessário a implementar a autoridade de suas próprias decisões em matéria constitucional e a tornar efetivos, reais, o primado e a força normativa da Constituição, de tal modo que, em havendo controvérsia na interpretação do texto constitucional, possa ser admitido o ajuizamento de ação rescisória, considerado o que dispõe o próprio art. 485, inciso V, do CPC. Dessa forma, reputar-se-á admissível a ação rescisória, quando fundada em alegada ofensa a literal disposição do texto da Carta Política, viabilizando-se, desse modo, a desconstituição da autoridade da coisa julgada em matéria na qual haja ou tenha havido interpretação controvertida do próprio texto da Constituição.



RE 328.812-ED / AM

Com esse entendimento, fortalece-se, no plano institucional, o papel do Supremo Tribunal Federal e intensifica-se o sistema de proteção e guarda da própria supremacia material e formal de que se reveste a ordem jurídica consubstanciada na Constituição da República.

Portanto, Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência e, por também não vislumbrar, no caso, a ocorrência de qualquer dos pressupostos de embargabilidade, rejeito os presentes embargos de declaração.

É o meu voto.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 328.812-1**

PROCED.: AMAZONAS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

EMBTE.(S): MARIA AUXILIADORA SANTOS CABRAL DOS ANJOS

ADV.(A/S): JOSÉ TÔRRES DAS NEVES E OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS


ADV.(A/S): JOSÉ MARIA RICARDO

Decisão: A Turma, por votação unânime, acolhendo proposta do Relator, **afetou** ao Plenário do Tribunal o julgamento do presente recurso. **2ª Turma**, 04.11.2003.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu dos embargos, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 06.03.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário